

STATO E "MORALITÀ PUBBLICA" NELLA COSTITUZIONE ITALIANA

(continuazione) (*)

II - L'INTERVENTO DELLO STATO A TUTELA DELLA «MORALITA' PUBBLICA» NEL NO- STRO SISTEMA COSTITUZIONALE

1) Lo « Stato », i suoi « fini » e la sua « azione » in ordine al per- seguimento di tali fini, nella Costituzione italiana del 1947.

1. Il diritto costituzionale generale descrive lo « Stato », nella sua moderna configurazione, come un « ente sociale », che: a) consta essenzialmente di un territorio, di una popolazione e di un ordinamento giuridico; b) nel suo « costituirsi », nel suo organizzarsi giuridicamente, e poi nel suo stesso agire (s'intende, nelle forme e nei limiti previsti dal suo ordinamento), è « indipendente » da qualsiasi altro ente territoriale similare esistente (52); c) nei confronti di tutti gli enti territoriali, che desumono la loro personalità giuridica dal suo ordinamento, è « sovrano », nel senso che la « potestà di governo », dalla quale esso viene retto, è « suprema » (anche se, d'ordinario, non « assoluta ») rispetto alle potestà analoghe dalle quali sono retti gli enti suddetti (53).

E' noto, però, che nel linguaggio giuridico-politico corrente il termine « Stato » è usato per designare realtà tra loro molto diverse. Esso, secondo i casi, viene a denominare o l'« istituzione » statale (c. d. « Stato-istituzione »), o la « comunità » dei cittadini (c. d. « Stato-comunità » o « Stato-società »), o l'« apparato » di governo dello Stato (c. d. « Stato-governo » o « Stato-apparato »), o l'« ordinamento giuridico » statale (c. d. « Stato-ordinamento »), o infine la « persona giuridica » che è titolare della suprema potestà di governo (c. d. « Stato-persona » o « Stato-soggetto ») (54).

(*) V. *Aggiornamenti Sociali*, (ottobre) 1961, pp. 559-576 [rubr. 135].

(52) Non è sempre « indipendente », invece, dagli enti territoriali maggiori di cui, in una forma o in un'altra, fa parte (Stati federali, Unioni di Stati, Comunità Internazionale, ecc.).

(53) Sul significato del termine « sovrano » riferito allo Stato, cfr. soprattutto S. ROMANO, *Principii di Diritto costituzionale generale*. Milano 1947, pp. 64-71.

(54) Sulle diverse accezioni del termine « Stato », v., per alcune

Nel diritto costituzionale è soprattutto importante la distinzione tra « Stato-ordinamento » e « Stato-persona » (55). Secondo tale distinzione, « Stato-ordinamento » è l'ordinamento giuridico che costituisce in unità e organizza e regola la collettività popolare nell'istituzione statale; « Stato-persona » è invece l'ente, comunque configurato dall'ordinamento giuridico statale, che in uno « Stato di diritto » (56) è insieme e « soggetto di diritto » e titolare dei « poteri sovrani » (57).

Quando in queste note si parla di « intervento dello Stato a tutela della moralità pubblica », con il termine « Stato » ci si intende riferire allo « Stato-persona ».

2. Nella Costituzione italiana del 1947 lo « Stato-persona » s'identifica con la collettività dei cittadini organizzata dal diritto (58). Dalle disposizioni costituzionali questa collettività è presentata come una vera e propria « società di persone (fisiche e giuridiche) », i cui membri, legati tra loro da vincoli di « solidarietà », operano tutti insieme, in un modo o in un altro, direttamente o indirettamente, in ordine al raggiungimento dei « fini » della società stessa (59).

Si può fondatamente ritenere che nel nostro ordinamento la « società » formata dai cittadini, come ogni « istituzione » che sia « persona giuridica », rappresenti « istituzionalmente » la to-

precisazioni, L. ROSA, *La « comunità statale » nella Costituzione italiana*, in *Aggiornamenti Sociali*, (dicembre) 1958, pp. 657-659 [rubr. 135].

(55) Sulla distinzione fra « Stato-ordinamento » e « Stato-persona », sulle origini della stessa, e sulle « forme diverse » in cui è stata presentata dagli autori « a secondo delle scuole e degli indirizzi rispettivi », v., anche per un cenno bibliografico, V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Scritti in memoria di V. E. Orlando*, Padova 1955, pp. 12 ss. dell'estratto. Con E. TOSATO (*Sovranità del popolo e sovranità dello Stato*, in *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, Milano 1957, pp. 30 ss.; cfr., nello stesso senso, G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano 1957, V ed., pp. 8 ss.) preferiamo chiamare lo Stato, inteso come ente giuridico, « Stato-ordinamento » anziché « Stato-istituzione » o « Stato-società », come vorrebbero invece altri autori. Dei termini « Stato-istituzione » e « Stato-società » ci serviamo, come si è visto, per designare altre realtà.

(56) Chiamiamo convenzionalmente « Stato di diritto » quello Stato nel quale i titolari della « potestà suprema di governo » sono « soggetti di diritto », subordinati all'ordinamento giuridico come tutte le altre persone fisiche e giuridiche che vivono e operano nell'ambito dello Stato stesso. Sulla nozione, controversa, di « Stato di diritto » (o « Stato giuridico »), v., nel nostro senso, O. RANELLETTI, *Istituzioni di Diritto pubblico, Parte generale*, Milano 1955, pp. 200 ss.; cfr. anche: S. ROMANO, *cit.*, pp. 148 s.; F. PERGOLESI, *Diritto costituzionale*, Padova 1960, XIV ed., pp. 116 s. (§ 35); e, per qualche indicazione bibliografica, P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli 1958, V ed., p. 156 (n. 70, c).

(57) Si noti che la personificazione dello Stato è stata ed è estranea al diritto pubblico di parecchi Stati. Su tale fatto, cfr. S. ROMANO, *cit.*, p. 60.

(58) Questa tesi è stata per la prima volta autorevolmente sostenuta da E. TOSATO nel saggio *Sovranità del popolo e sovranità dello Stato*, *cit.*, pp. 3-49. Per una breve dimostrazione, cfr. L. ROSA, *La « comunità statale » ecc.*, *cit.*, pp. 666-668.

(59) Su questo fatto, v. L. ROSA, *cit.*, pp. 668-676.

talità dei consociati, venga cioè, per il fatto stesso di costituirsi e di organizzarsi come « persona giuridica », automaticamente a sostituirsi ai consociati, ovviamente non nell'esercizio dei loro singoli diritti soggettivi, che essi possono svolgere e svolgere « uti singuli », ma nell'esplicazione della loro soggettività sociale indirizzata a fini comuni (soggettività, che è distinta da quella delle persone componenti la collettività) (60).

E' certo, d'altra parte, che tale « società » vuole e agisce, in ordine al raggiungimento dei suoi fini, per lo più avvalendosi di « organi », individuali e collegiali, i quali appunto vogliono e agiscono in nome e per conto dell'ente che « rappresentano » (61).

Poiché alla base dell'ordinamento statale italiano è posto il « principio democratico », che esige la partecipazione effettiva di tutti i cittadini al governo della cosa pubblica (62), i rapporti di rappresentanza, che in tale ordinamento legano lo « Stato-persona » alla totalità dei soggetti giuridici che costituiscono la comunità statale e gli « organi » di governo allo « Stato-persona », pur conservando il carattere di necessità, proprio dei rapporti di rappresentanza istituzionale, nelle « modalità » della loro costituzione partecipano anche del carattere consensuale, proprio dei rapporti di rappresentanza volontaria, nel senso che per la loro concreta realizzazione è normalmente richiesto il consenso espresso, direttamente o indirettamente, almeno dalla maggioranza attiva dei cittadini.

3. Abbiamo accennato al fatto che nella Costituzione italiana lo « Stato-persona » appare configurato come una società avente dei « fini » ben definiti da conseguire.

E' noto che lo Stato dell'Ottocento e del primo Novecento, il quale nei suoi ordinamenti si ispirava ai principii dell'individualismo liberale e a quelli del positivismo giuridico, comunque fosse strutturato, escludeva programmaticamente di avere degli scopi suoi propri. La dottrina riteneva che esso non potesse assumere a scopo « altro che gli infiniti scopi dei singoli membri » della comunità statale, o almeno quelli tra essi che apertamente non si elidessero a vicenda così da distruggere o

(60) Per alcune precisazioni sul concetto di « rappresentanza istituzionale » e sulla necessità di servirsene nello studio del diritto pubblico (in particolare, del diritto costituzionale), cfr. V. ZANGARA, *La rappresentanza istituzionale*, Padova 1952 (II ed.). In relazione con quanto affermiamo nel testo, v. L. ROSA, *Democrazia e partiti politici*, in *Aggiornamenti Sociali*, (aprile) 1959, pp. 200-202 [rubr. 72]; pp. 16-18 dell'estratto.

(61) Aderiamo all'opinione di E. TOSATO (*cit.*, pp. 46 ss.), secondo cui tutto il complesso dell'apparato statale deve considerarsi « in funzione e in posizione di rappresentanza del popolo ». V., nello stesso senso, V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, *cit.*, pp. 45 ss.

(62) La dichiarazione contenuta nell'art. 1^a della Costituzione, secondo cui « l'Italia è una Repubblica democratica », costituisce uno dei « principi fondamentali » sui quali si regge il nostro ordinamento. (Per la sua esegesi, cfr. C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, (Saggi), dello stesso A., Padova 1954, pp. 6 ss.).

intaccare la stessa convivenza dei cittadini. Si presumeva che « funzione » dello Stato fosse « soltanto la pura produzione del diritto obiettivo, come norma o come atto di interpretazione della norma o come atto di applicazione di essa: la pura produzione del diritto obiettivo sempre come pura volontà generale di garanzia estrinseca dei singoli componenti ». In particolare, si escludeva che la volontà statale potesse avere un contenuto che fosse « identificabile » in un determinato bene « storico, concreto », e soprattutto in un bene che fosse « tappa o modalità storica concreta » del bene umanamente pieno di tutti i singoli membri della comunità (63).

Lo studio delle carte fondamentali di alcuni Paesi di democrazia classica di più recente formulazione ci rivela che, per il progressivo evolversi in senso « sociale » delle concezioni giuridico-politiche da cinquant'anni a questa parte (64), l'organismo statale va in ultima analisi sempre più conformandosi al modello ideale proposto, sul piano del « dover essere », da quei teorici del diritto che in diverse epoche storiche hanno definito lo « Stato » come « la società naturale perfetta, giuridicamente organizzata, che riunisce più individui, famiglie e raggruppamenti sociali minori, viventi entro i confini di un determinato territorio, in vista del bene comune » (65), e il « bene comune » (o

(63) Cfr. G. DOSSETTI, *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno*, nel vol. dal medesimo tit. (che raccoglie gli atti del terzo Convegno nazionale di Studio dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani [Roma, 12-14 nov. 1951]), « Quaderni di *Iustitia* », n. 2, Roma 1953, pp. 18 s. Quanto diciamo nel testo, non va riferito se non in parte allo « Stato » come appariva configurato negli ordinamenti fondamentali, ad esempio, degli Stati Uniti e della Svizzera, che erano Paesi di genuina tradizione democratica. Giova, in proposito, ricordare che la Costituzione degli Stati Uniti d'America del 1791, nel suo « Preambolo », proclama: « Noi, popolo degli Stati Uniti, allo scopo di ancor più perfezionare la nostra Unione, di garantire la giustizia, di assicurare la tranquillità all'interno, di provvedere alla comune difesa, di promuovere il benessere generale e di salvaguardare per noi stessi e per i nostri posteri il dono della libertà, decretiamo e stabiliamo questa Costituzione [...] », e la Costituzione federale della Confederazione svizzera del 1874, nell'art. 2, afferma: « La Lega ha per scopo: di sostenere l'indipendenza della Patria contro lo straniero, di mantenere la tranquillità e l'ordine nell'interno, di proteggere la libertà e i diritti dei Confederati, e di promuovere la loro comune prosperità ».

(64) Segni dell'avvenuta evoluzione delle concezioni giuridico-politiche, della quale è fatto cenno nel testo, possono ritenersi: a) l'esplicito riconoscimento di numerosi « diritti sociali » (cioè, di parecchi « diritti » di cui è titolare l'uomo in quanto si trova inserito nel « corpo sociale », e di altri di cui sono titolari i « gruppi sociali » nei quali l'uomo necessariamente vive), che si ritrova nelle Dichiarazioni dei diritti e nelle Costituzioni a partire dalla Costituzione di Weimar del 1919 (sulla nozione di « diritto sociale », cfr. G. GURVITCH, *La dichiarazione dei diritti sociali*, trad. dal franc., Milano 1949, pp. 92 ss.); b) la limitazione « in funzione sociale » di taluni diritti classici dell'individuo (ad es., del diritto di « proprietà »), stabilita in molti ordinamenti vigenti; c) la manifesta preoccupazione dei legislatori costituenti di rendere il sistema democratico sempre meglio operante come sistema di effettivo « autogoverno dei governati ».

(65) La definizione nella sostanza riproduce quelle date da Aristo-

« bene pubblico »), che rappresenta il « fine » dello Stato, come « il complesso delle condizioni che sono indispensabili affinché tutti i membri della comunità statale, nei limiti dell'umanità possibile, raggiungano liberamente e spontaneamente la loro vera felicità terrena, e che i singoli, isolati nella loro individualità o semplicemente inseriti nelle formazioni sociali minori, con i loro propri mezzi non saprebbero creare » (66).

I moderni costituzionalisti sono in genere restii ad ammettere che la collettività popolare possa giuridicamente configurarsi, in un ordinamento statale, in modo analogo a quello in cui si configura, nel diritto privato, qualsiasi libera società di persone, e, se non negano ormai più che lo Stato, quale che sia la sua struttura giuridica, possa avere finalità sue proprie, sostengono a ogni modo che i fini che lo Stato può proporsi (la tutela della giustizia, della morale, del costume, della religione, dell'ordine pubblico; la comune difesa; lo sviluppo della cultura; l'incremento del benessere sociale; ecc.) sono « assolutamente disparati » e non possono pertanto in nessuna maniera, da una « teoria di diritto positivo », venire unificati e ridotti « sotto il comune denominatore di un fine ultimo e supremo » (67).

A noi sembra che, almeno in quelli tra i moderni ordinamenti democratici nei quali risulta accolto il principio fondamentale secondo cui lo Stato e la sua organizzazione sono da ritenersi unicamente in funzione della « persona umana » (cioè dell'uomo in quanto inserito, con la sua dignità di « essere » intelligente e libero, nel corpo sociale), della tutela dei suoi diritti individuali e sociali e della produzione delle condizioni che rendano possibile il suo libero e pieno « sviluppo », i diversi scopi che il « soggetto » Stato può proporsi di conseguire, possano legittimamente considerarsi come riassunti in quella « finalità generale » suprema che è il « bene pubblico » inteso nel senso sopra indicato.

tele, da Cicerone, dai filosofi della prima e della seconda Scolastica, dai giusnaturalisti della scuola di Grozio, ecc. (per alcune indicazioni bibliografiche, v. L. ROSA, *La « comunità statale » ecc., cit.*, p. 664, nota 21). In essa: a) il termine « società » dice « unione morale stabile di due o più persone, in vista di un fine comune da conseguire »; b) l'espressione « società naturale » significa « raggruppamento sociale che, se anche nel fatto della sua costituzione può dipendere da una libera decisione dei suoi membri, riveste tuttavia nella sua essenza il carattere della necessità, in quanto, a giudizio comune, soddisfa a profonde esigenze della natura umana »; c) l'espressione « società perfetta » significa « società di persone: — che ha in se stessa, per la sua stessa natura, tutto quanto occorre perché i suoi membri soddisfino le loro esigenze naturali in un dato ordine; — che nella sua origine non dipende da nessun'altra società, e nella quale i poteri esercitati dai titolari dell' " autorità sociale " sono supremi nel loro ambito ».

(66) Sulla nozione di « bene comune » o « bene pubblico », soprattutto nella concezione aristotelica e in quella degli Scolastici, v., per ulteriori determinazioni, ad es., V. CATHELIN, *Filosofia morale*, trad. dal ted., Firenze 1913-1920, II ed., vol. II, pp. 559 ss.

(67) In tale senso, v., per tutti, S. ROMANO, *Principii di Diritto costituzionale gen., cit.*, p. 73.

4. La Costituzione italiana vigente determina specificatamente parecchie «finalità», generali e particolari, che lo «Stato-persona» deve perseguire con la sua azione di governo.

Essa, infatti, statuisce: nell'art. 4¹, che la Repubblica (68) deve promuovere le condizioni che rendano effettivo il diritto dei cittadini al lavoro; nell'art. 9, che la Repubblica deve promuovere «lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica» (1° c.), e deve tutelare «il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione» (2° c.); nell'art. 29², indirettamente, che lo Stato con le sue leggi deve garantire «l'unità familiare»; nell'art. 30, che lo Stato con le sue leggi deve provvedere a che siano assolti i compiti dell'istruzione e dell'educazione dei minori, quando i genitori ne siano incapaci (2° c.), e deve assicurare «ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima» (3° c.); nell'art. 31, che la Repubblica deve agevolare «con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose» (1° c.), e deve proteggere «la maternità, l'infanzia e la gioventù favorendo gli istituti necessari a tale scopo» (2° c.); nell'art. 32¹, che la Repubblica deve tutelare «la salute come fondamentale diritto dell'individuo e della collettività», e deve garantire «cure gratuite agli indigenti»; nell'art. 33, che la Repubblica (69) deve dettare «le norme generali sull'istruzione», deve istituire «scuole statali per tutti gli ordini e gradi» (2° c.), e deve inoltre assicurare alle scuole non statali «paritarie» piena libertà e ai loro alunni «un trattamento scolastico equipollente a quello degli alunni di scuole statali» (4° c.); nell'art. 34⁴, che la Repubblica deve rendere effettivo il diritto degli alunni capaci e meritevoli «di raggiungere i gradi più alti degli studi», «con borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze, che devono essere attribuite per concorso»; nell'art. 35, che la Repubblica deve tutelare «il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni» (1° c.), deve curare «la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori» (2° c.), deve promuovere e favorire «gli accordi e le organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro» (3° c.), e deve tutelare «il lavoro italiano all'estero» (4° c.); nell'art. 37³, che la Repubblica deve tutelare «il lavoro dei minori con speciali norme» e deve garantire «ad essi, a parità di lavoro, il diritto alla parità di retribuzione»; nell'art. 44, che lo Stato con le sue leggi deve promuovere «il razionale sfruttamento del suolo», in agricoltura deve stabilire «equi rapporti sociali» (1° c.), e deve disporre «provvedimenti a favore delle zone montane» (2° c.); nell'art. 45, che la Repubblica deve promuovere e favorire con i mezzi più idonei l'incremento della «cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata» (1° c.), e deve provvedere con le sue

(68) Con il termine «Repubblica» nel testo costituzionale viene di regola designato il complesso dei soggetti pubblici governanti, con particolare riguardo agli enti pubblici territoriali, Stato e Regioni; con il termine «Stato» ci si riferisce invece unicamente allo «Stato-persona». Ciò appare dai lavori preparatori (cfr. V. PALZONE - F. PALERMO - F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Roma 1954, p. 30).

(69) Nell'art. 33² il termine «Repubblica» eccezionalmente designa soltanto lo «Stato-persona» (cfr. V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *Studi in onore di G. M. De Francesco*, Milano 1957, p. 268). Una osservazione analoga va fatta per l'art. 9, pure da noi cit. (cfr. V. PALZONE, ecc., *op. cit.*, p. 53).

leggi « alla tutela e allo sviluppo dell'artigianato » (2° c.); nell'art. 46, che la Repubblica deve provvedere alla « elevazione economica e sociale del lavoro », in particolare riconoscendo e disciplinando con le sue leggi « il diritto dei lavoratori a collaborare alla gestione delle aziende »; nell'art. 47, che la Repubblica deve incoraggiare e tutelare « il risparmio in tutte le sue forme », deve disciplinare, coordinare e controllare « l'esercizio del credito » (1° c.), e deve favorire « l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del paese » (2° c.).

Alcune « finalità » generali e particolari dello Stato sono stabilite indirettamente dal nostro legislatore costituente.

Ciò accade, ad esempio, quando nel testo costituzionale: a) si dichiara che « tutti i cittadini » (cioè, tutti i componenti lo « Stato-persona », in quanto tali) hanno il « dovere » di « svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società » (art. 4²), oppure che essi hanno il « dovere » di difendere la Patria (art. 52²); b) si afferma genericamente: — che in materia di emigrazione la legge stabilisce obblighi per i cittadini « nell'interesse generale » (art. 35²); — che l'iniziativa economica privata non deve potersi svolgere « in contrasto con l'utilità sociale » (art. 41²); — che lo Stato con le sue leggi deve determinare « i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali » (art. 41³); — che lo Stato in determinati casi e « salvo indennizzo » può espropriare « per motivi d'interesse generale » la proprietà privata (art. 42²); — che « a fini d'utilità generale » lo Stato con le sue leggi « può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, [a se stesso], ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale » (art. 43).

Altri « scopi » dello Stato, infine, sono implicitamente indicati nella Carta costituzionale, quando in una lunga serie di articoli, e soprattutto nell'art. 2 (che recita: « La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità [...] ») (70), vengono proclamati come veri « diritti soggettivi pubblici », cioè come diritti soggettivi che nello Stato e nei suoi organi producono veri « doveri » giuridici, parecchi diritti dei cittadini e dei raggruppamenti sociali da essi formati (71).

5. Tenuto conto del fatto che il c. d. « principio personalistico », in base al quale tutto l'organismo statale deve, in ultima analisi, considerarsi in funzione della « persona umana » (cioè, dell'uomo « sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità ») (72), rappresenta uno dei cardini del-

(70) Per una breve esegesi di questo articolo, v. L. ROSA, *La libertà di stampa nel nostro ordinamento democratico*, in *Aggiornamenti Sociali*, (dicembre) 1960, pp. 643-647 [rubr. 322]; pp. 5-9 dell'estratto.

(71) Cfr. *ibidem*, pp. 643 s. (pp. 5 s. dell'estr.).

(72) Per alcune precisazioni sul contenuto del « principio persona-

l'ideologia espressa dal nostro sistema costituzionale (73), ci sembra si possa fondatamente ritenere che tutte le « finalit  », che la Costituzione dice dover essere perseguite dallo « Stato-persona » nella sua azione di governo, si risolvano in definitiva nella « finalit  generale » che   implicitamente indicata nel citato art. 2.

Da ci , a nostro avviso, deriva che, sotto il profilo costituzionale, sicuro criterio per stabilire se un determinato interesse rappresenti un « fine » che lo Stato ha l'obbligo assoluto di perseguire, deve considerarsi la presenza o meno nel nostro ordinamento fondamentale del riconoscimento, esplicito o implicito, di diritti personali o sociali che con tale interesse siano certamente in relazione.

Per la stretta connessione che esiste tra « finalit  », « interessi legittimi », « poteri », « funzioni », « diritti » e « obblighi » dello Stato (74), si deve infine pensare che, se allo « Stato-persona » dalla nostra Costituzione sono assegnati determinati « fini » da perseguire, ad esso devono senz'altro intendersi attribuiti anche tutti quei « poteri » che soli gli possono consentire il perseguimento di detti fini.

2) La tutela della « moralit  pubblica »  , per la nostra Costituzione, uno dei « fini » dello Stato.

1. Nella prima parte di questo lavoro (75) abbiamo precisato che la « moralit  pubblica » in assoluto pu  definirsi « la coscienza etica di un popolo in un dato momento storico: e precisamente il suo modo di sentire e di distinguere il bene e il male, l'onesto e il disonesto »; e abbiamo soggiunto che, cos  intesa, essa deve ritenersi violata da tutto quello che   contrario al vivere onesto: quindi anche dall'omicidio, dal furto, dalla frode, dalla truffa, dal falso, ecc.

listico», cfr., per es., A. AMORTH, *La Costituzione italiana, Commento sistematico*, Milano 1948, pp. 41 s.

(73) E' un dato comunemente accettato dai costituzionalisti che le Carte fondamentali degli Stati moderni non prescindono mai dai presupposti ideologici (cfr. A. AMORTH, *cit.*, p. 26). A tale proposito   stato, tra l'altro, notato giustamente che, dovendo ciascuna Costituzione « riprodurre in veste sistematica, l'indirizzo mentale, le esigenze, gli istituti propri di un'organizzazione sociale, in un determinato momento storico », l'ideologia ha « l'alta funzione di vivificare tutte le strutture costituzionali » (S. CARBONARO, *I rapporti civili e i rapporti politici*, in P. CALAMANDREI - A. LEVI, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze 1950, vol. I, p. 120). L'ideologia, che   alla base della Costituzione italiana, viene identificata mediante un esame « positivo » delle singole disposizioni e di tutto il « sistema » che esse costituiscono: tale esame deve ovviamente essere condotto anche alla luce dei « lavori preparatori ».

(74) Sul contenuto di questi concetti, v. particolarmente S. ROMANO, *Principii di Diritto costituzionale gen., cit.*, pp. 73 e 108-118.

(75) Cfr. *supra*, in *Aggiornamenti Sociali, cit.*, pp. 569 s.

Poiché, come abbiamo già avuto occasione di notare (76), il complesso delle disposizioni generali contenute nella Costituzione italiana vigente è in pratica un vero e proprio sistema etico derivato dalla « coscienza sociale » della nostra comunità statale, ci sembra ragionevole concludere che, se anche l'espressione « moralità pubblica » non si trova in nessuna delle norme contenute nella nostra Carta fondamentale, tutto il testo costituzionale, almeno in quella sua parte nella quale vengono riconosciuti i « diritti » e i « doveri » dei singoli cittadini e dei raggruppamenti sociali da essi formati, deve senz'altro considerarsi come una chiara affermazione di detta « moralità ».

In questo senso si può anche dire che per il nostro ordinamento costituzionale la tutela della « moralità pubblica » in generale, insieme con lo sforzo positivo diretto al perfezionamento della vita sociale secondo i principi etici che costituiscono tale « moralità », viene a rappresentare uno dei « fini » principali dello Stato.

2. Nella Costituzione si parla esplicitamente soltanto di « buon costume ». Come già si è detto, di tale espressione ci si serve negli artt. 19 (« Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume ») e 21⁶ (« Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni »).

E' opinione prevalente nella dottrina (77) che nell'art. 21⁶ l'espressione « buon costume » deve venire intesa nel senso penalistico di « abitudine di vita del popolo italiano in materia sessuale, conforme ai dettami della coscienza etica del popolo stesso » (78). Si può ritenere, per analogia, che lo stesso debba dirsi dell'espressione « buon costume » nell'art. 19 (79).

(76) *Supra, ibid.*, p. 560.

(77) V., per tutti, S. FOIS, *Principii costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano 1957, pp. 125-135, e C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano 1958, pp. 40-43. L'opinione appare confortata dai lavori preparatori. In realtà, « quando, in sede di Assemblea Costituente, si discusse il testo dell'art. 16 (corrispondente all'attuale art. 21), furono proposti vari emendamenti tendenti a inserire, prima del termine "buon costume", quello di "morale" » (cfr. ATTI ASS. COSTITUENTE, *Atti Ass. plen.*, sed. antimerid. 14 apr. 1947, pp. 2809 s. e 2819); tali emendamenti furono però tutti ritirati, e mai questo ritiro fu motivato dall'affermazione che il termine "buon costume" dovesse intendersi comprensivo anche di quello di "morale" » (S. FOIS, *cit.*, p. 134).

(78) Sul significato dell'espressione « buon costume » nel nostro diritto penale, cfr. *supra*, *Agg. Soc.*, *cit.*, p. 571.

(79) Nei lavori preparatori non si trovano elementi, i quali consentano di stabilire che quello « penalistico » sia l'unico significato da attribuire all'espressione « buon costume » nell'art. 19. M. RUINI, in sede

Nelle due disposizioni citate il « buon costume » viene presentato come « limite oggettivo » di due fondamentali diritti dei cittadini costituzionalmente riconosciuti: del diritto alla libera professione della propria fede religiosa e del diritto alla libera manifestazione del pensiero (80).

L'art. 21⁶ nel suo secondo inciso dice che « la legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni » della norma che vieta « le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume ». Ci sembra lecito pensare che per ciò che riguarda i « riti contrari al buon costume », di cui nell'art. 19, la Costituzione implicitamente preveda interventi analoghi da parte del legislatore ordinario.

Da ciò si può legittimamente dedurre che per il legislatore costituente: a) il « buon costume », inteso nel senso penalistico, rappresenta un « interesse generale » che lo « Stato-persona » deve proteggere con la sua azione; b) la **tutela del « buon costume »** (e quindi anche la tutela della « moralità pubblica » per ciò che si riferisce alla materia sessuale) rientra **tra i « fini » dell'azione dello Stato.**

3. Quanto si è detto ci consente di affermare che nel sistema costituzionale italiano deve ritenersi esistente un **principio**, secondo il quale lo « Stato-persona » ha il diritto e il dovere di agire in ordine alla conservazione, in seno alla comunità statale, della « moralità pubblica » e del « buon costume » intesi nel senso penalistico.

E' importante esaminare quale possa essere la « **ratio** » (cioè, lo spirito, la ragion d'essere) di tale principio nel nostro ordinamento. Ciò ci permetterà di comprendere in che modo e in che misura lo Stato debba intervenire con la sua azione.

Sappiamo che il diritto penale italiano vigente tutela la « moralità pubblica » e il « buon costume » non illimitatamente, ma sotto determinati aspetti. Abbiamo visto che le disposizioni contenute nel titolo IX (« Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume ») del secondo libro del Codice penale vi-

di approvazione definitiva della norma (art. 14 del « Progetto di Costituzione »), rispondendo a chi proponeva la soppressione della clausola « purché non si tratti di riti contrari al buon costume », ebbe a dichiarare: « [...] Un limite occorre. Vi possono essere riti contrari al buon costume ("stravaganti", dice in un suo emendamento l'onorevole Nobile); si è accennato ai nudisti, ai tremolanti, alla setta russa degli eviratori, che predica il sacrificio di Origene. Vi saranno o no in Italia, e comunque deciderà volta per volta lo Stato se il buon costume sia o no offeso; ma non si può dar senz'altro via libera » (ATTI ASS. COSTITUENTE, *Atti Ass. plen.*, sed. pomerid. 12 apr. 1947, p. 2783).

(80) Sul « buon costume », in quanto « limite oggettivo » del diritto costituzionalmente garantito alla libera manifestazione del pensiero (e in particolare della c. d. « libertà di stampa »), cfr. L. ROSA, *La libertà di stampa nel nostro ordinamento democratico*, in *Aggiornamenti Sociali*, (dicembre) 1960, p. 656, e (aprile) 1961, pp. 213 s. [rubr. 322]; pp. 18 e 39 s. dell'estratto.

gente si occupano « dei delitti contro la libertà sessuale » e « delle offese al pudore e all'onore sessuale ». Altri delitti a sfondo sessuale (quali l'adulterio e l'incesto) sono presi in considerazione da alcune disposizioni contenute nel titolo XI, sempre del libro secondo del Codice Rocco, là dove si parla « dei delitti contro la famiglia », e in specie « dei delitti contro il matrimonio » e « dei delitti contro la morale familiare ».

E' chiaro che per il nostro legislatore ordinario la « ratio » delle norme penali che tutelano la « moralità pubblica » e il « buon costume », è l'interesse della collettività alla protezione della « libertà sessuale » e dell'« onore sessuale » delle singole persone e alla difesa del « sentimento di pudicizia » della totalità dei cittadini, e la « ratio » delle norme penali che tutelano la famiglia incriminando certi reati a sfondo sessuale, è l'interesse della collettività alla difesa della società familiare, della sua unità e della sua sanità morale.

Ora, è certo che nel nostro ordinamento costituzionale sono riconosciuti:

a) un **diritto della persona alla « libertà sessuale »** (un diritto, cioè, della persona a disporre liberamente del proprio corpo nella sfera sessuale e a non subire aggressioni nel settore più intimo della propria persona fisica) (81): il riconoscimento di un tale « diritto » è implicito nell'affermazione dell'inviolabilità della « libertà personale », che troviamo nell'art. 13¹ Cost., (questa affermazione, a nostro avviso, considerata la logica del sistema, non può affatto venire intesa unicamente come un riconoscimento della libertà della persona fisica di fronte ai possibili interventi della pubblica autorità);

b) un **diritto della persona all'« onore sessuale »** (un diritto, cioè, della persona ad essere rispettata nella sua dignità, in quanto riflessa nella considerazione dei terzi e nel suo stesso sentimento, per ciò che attiene alla sua vita sessuale) (82): il riconoscimento di un « diritto all'onore », e in particolare « all'onore sessuale », deve ritenersi implicito nella proclamazione della « pari dignità sociale » dei cittadini, contenuta nell'art. 3¹ Cost. (83);

c) un **diritto della « famiglia » a essere protetta nella sua unità e quindi nella sua stessa sanità morale: un tale « diritto »**

(81) V., per questa definizione della « libertà sessuale », G. VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. quinto: *Miscellanea di Diritto pubblico e privato*, Padova 1958, p. 381. Cfr. anche *supra*, *Agg. Soc., cit.*, p. 572 (e nota 38).

(82) Cfr. *supra*, *ibid.*, p. 576.

(83) Va ricordato che con il termine « onore sessuale » nel diritto italiano si designa un aspetto particolare dell'« onore » della persona. Sul fatto che nella proclamazione costituzionale della « pari dignità sociale » dei cittadini debba ritenersi implicito il riconoscimento di un diritto della persona « all'onore », v., p. es., C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero ecc., cit.*, pp. 44 s. e note 98-100.

è riconosciuto, come sopra si è accennato (84), indirettamente nell'art. 29² (non va dimenticato che il legislatore costituente nel primo comma dell'art. 29 definisce la « famiglia » come una « società naturale fondata sul matrimonio », e in genere mostra di considerare la sua unità come fondamentale per la sua stessa esistenza) (85).

E' ovvio che in una collettività come la nostra il venir meno di certe norme etiche riguardanti la vita sessuale, e soprattutto l'affievolirsi del « sentimento del pudore » e il rilassarsi della c. d. « continenza sessuale » (vale a dire, della generale preoccupazione di contenere, di arginare la tendenza alle estrinsecazioni dell'istinto sessuale), con il conseguente dilagare della « scostumatezza », mettono seriamente in pericolo i diritti personali e sociali di cui ora si è detto (86).

Il principio costituzionale che stiamo esaminando, e secondo cui la comunità statale organizzata dal diritto e titolare dei « poteri sovrani » deve provvedere a che la « moralità pubblica » e il « buon costume », per ciò che si riferisce alle manifestazioni sessuali, si conservino, mira appunto a impedire che nella comunità stessa si verifichi una situazione di generale rilassamento dei costumi in materia sessuale del tipo descritto.

4. Nella nostra Costituzione l'intervento dello Stato a tutela del « buon costume », inteso nel senso penalistico, è dunque configurato **unicamente « in funzione sociale »**. Ciò significa che, a norma della nostra Carta fondamentale, l'azione dello Stato e dei suoi organi può e deve essere rivolta esclusivamente a prevenire e a reprimere quelle manifestazioni di natura sessuale che ledono gli « interessi » propri della comunità statale in quanto tale.

Questa constatazione ci aiuta a determinare quali manifestazioni sessuali in concreto debbano, in forza del dettato costituzionale, venir incriminate dal legislatore ordinario come « reati » perseguibili penalmente.

a) Per il nostro ordinamento è certamente « interesse »

(84) *Supra*, p. 6.

(85) Sul significato giuridico della formula costituzionale « famiglia come società naturale », v. le importanti osservazioni di C. GRASSETTI, nello scritto *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, pubblicato nel I vol. del *Commentario sistematico alla Cost. it.*, diretto da P. CALAMANDREI - A. LEVI, *cit.*, alle pp. 289-293. Osserva F. MESSINEO (nel suo *Manuale di Diritto civile e commerciale*, vol. II - parte prima, Milano 1950, pp. 27 s., § 52, n. 1) che lo Stato italiano, come appare dalla formulazione dell'art. 29 Cost., nella « famiglia » « scorge un *embrionale nucleo politico*, in cui è predominante l'interesse generale, anziché l'interesse dei singoli, ossia l'interesse superiore del gruppo familiare [...], e vi scorge, altresì, la fonte, donde esso attinge i futuri cittadini ».

(86) In particolare, la « scostumatezza » generale mette seriamente in pericolo l'unità della famiglia e mette in forse il formarsi stesso della « società familiare ». Va poi aggiunto che, come è agevole constatare, il dilagare della « scostumatezza » è spesso all'origine dei delitti, e non di rado della stessa delinquenza professionale.

della comunità statale la garanzia dei **diritti fondamentali dei cittadini** (abbiamo notato come in detto ordinamento l'organismo statale sia, in ultima analisi, in funzione della « persona umana » e dei suoi diritti riconosciuti). Se ne deve dedurre che, secondo la Costituzione, lo « Stato-persona » può e deve intervenire per impedire e reprimere quelle **manifestazioni che ledono direttamente la « libertà » e l'« onore » della persona nella sfera sessuale** (87).

b) Per la Costituzione italiana è pure « interesse » fondamentale della comunità statale la conservazione sia dell'unità sia della sanità morale dell'**istituzione familiare**: di quella istituzione, cioè, che la Costituzione stessa considera come la prima e più spontanea espressione della naturale socialità della persona umana, e, implicitamente, come « principium urbis et quasi seminarium reipublicae » (Cicerone, *De Off.*, I, 17, 54), come « seminario, vivaio della nazione, per la procreazione fisica degli individui e per la loro formazione morale » (88).

Nel nostro diritto, fulcro della famiglia è tradizionalmente il matrimonio monogamico: si può senz'altro ritenere che ciò debba dirsi anche della famiglia così come appare configurata nella Carta costituzionale. L'unità del nucleo familiare, e in particolare l'unione dei due coniugi tra loro, dal legislatore costituente viene considerata essenziale perché l'istituzione possa conseguire le « finalità » per le quali esiste. Deve, d'altra parte, supporre che lo stesso legislatore, preoccupato della « moralità generale », consideri necessaria ai medesimi « fini » anche la sanità morale dei rapporti tra i membri della famiglia.

Ciò posto, allo Stato deve sicuramente intendersi attribuito il « diritto-dovere » di impedire e di reprimere, da un lato, quelle manifestazioni sessuali, le quali costituiscono una **violazione del vincolo di fedeltà coniugale**, che lega vicendevolmente il marito e la moglie (l'« adulterio » e il « concubinato ») (89),

(87) Secondo la classificazione del Codice penale Rocco, ledono, ad esempio, la « *libertà sessuale* »: la « violenza carnale », gli « atti di libidine violenti », il « ratto a fine di libidine », la « seduzione con promessa di matrimonio »; ledono l'« *onore sessuale* »: la « corruzione di minorenni », l'« istigazione alla prostituzione », lo « sfruttamento di prostitute », la « tratta di donne e di minori ».

Alcuni autori (per qualche indicazione bibliografica, cfr. F. ANTONLISEI, *Manuale di Diritto pen., Parte speciale*, vol. I, cit., pp. 356 s.) criticano la distinzione tra « delitti contro la libertà sessuale » e « offese all'onore sessuale », contestando soprattutto l'esistenza di un « diritto alla libertà sessuale » e di un « diritto all'onore sessuale ». Poiché, come abbiamo visto, i due « diritti » possono chiaramente configurarsi e in quanto tali debbono anzi considerarsi riconosciuti nel nostro sistema costituzionale, a nostro avviso anche la distinzione delle due categorie corrispondenti di « delitti » deve ritenersi accettabile (v., sostanzialmente nel nostro senso, R. PANNAIN, *Manuale di Diritto pen.*, II, cit., pp. 314-317).

(88) A. TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto civile*, Padova 1954, VIII ed., p. 220 (§ 104).

(89) E' noto che la legislazione penale vigente nel nostro Paese,

dall'altro, un atto come l'«incesto», che dalla coscienza sociale è giudicato lesivo dell'ordine familiare naturale.

c) Per il nostro ordinamento costituzionale è, finalmente, «interesse» della comunità statale la difesa del «sentimento del pudore»; ciò, perché lo svigorirsi di tale sentimento porta inevitabilmente alla «scostumatezza», la quale, giova ripeterlo, mette in pericolo i sopra ricordati diritti della persona e della famiglia e lo stesso ordine pubblico.

Il «pudore», che deve essere tutelato, è quello della generalità dei cittadini, e non invece quello individuale, che, come

a differenza di non poche legislazioni penali straniere (per un cenno in questo senso, v. F. ANTOLOISEI, *op. ult. cit.*, pp. 321 s.), incrimina diversamente l'«adulterio» commesso dalla moglie e l'«adulterio» commesso dal marito. Il nostro Codice penale, infatti, mentre nell'art. 559 dichiara senz'altro l'adulterio commesso dalla moglie «delitto punibile a querela del marito», trattando della violazione della fedeltà coniugale da parte dell'uomo, stabilisce, nell'art. 560, essere «delitto punibile a querela della moglie» unicamente il fatto che il marito tenga una concubina «nella casa coniugale, o notoriamente altrove». In via di principio, una discriminazione del genere sembra ammissibile per il fatto della maggiore pericolosità sociale del reato, quando questo venga commesso dalla donna (basti pensare che la ricerca della paternità è molto difficile [«*mater semper certa, pater incertus*»], e che pertanto nel caso del reato di adulterio commesso dalla moglie si corre il rischio di attribuire al marito figli non suoi).

L'attuale sentitissima aspirazione della donna a una sempre più completa eguaglianza, sul piano del diritto, di fronte all'uomo, ha in questi ultimi mesi condotto il nostro legislatore ordinario a studiare l'opportunità di incriminare anche l'adulterio del marito, appunto per equiparare anche in questa materia l'uomo e la donna. C'è stato chi ha approfittato dell'occasione per riproporre una vecchia tesi, secondo la quale l'incriminazione dell'adulterio sarebbe in ogni caso «inutile ed inopportuna, soprattutto per la sua scarsa efficacia» (v., tra i sostenitori di questa tesi, V. MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, vol. VII, Torino 1951, n. 2766), e per chiedere quindi «sic et simpliciter» l'abolizione del reato di adulterio nel nostro diritto.

Noi riteniamo che tale abolizione debba considerarsi in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico riguardanti la «famiglia», e che pertanto una equiparazione dei diritti e dei doveri dell'uomo e della donna anche in materia di fedeltà coniugale possa ottenersi unicamente attraverso la configurazione come reato dell'adulterio commesso dal marito.

La Corte Costituzionale, interpellata dalla Magistratura ordinaria circa la costituzionalità dell'art. 559 Cod. pen. (in rapporto con l'art. 3^o Cost., che afferma l'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge «senza distinzione di sesso»), nella *Sentenza 23 novembre 1961, n. 64*, ha tra l'altro dichiarato: a) avere il legislatore penale, incriminando l'adulterio, ritenuto «che la garanzia dell'unità [della famiglia] è affidata anche, come in tutti gli organismi, alla difesa contro ogni influenza negativa e disgregatrice dell'unità stessa»; b) doversi ammettere che, «relativamente all'adulterio, alla relazione adulterina e al concubinato», le norme penali si sono ispirate «a questa esigenza di difesa»; c) non esservi dubbio «che fra i limiti al principio dell'eguaglianza dei coniugi siano in primo luogo da annoverarsi quelli che riguardano le esigenze di organizzazione della famiglia»; d) avere il legislatore ordinario voluto prescindere dalla valutazione in sede morale, secondo cui «il principio della fedeltà coniugale è unico e non soffre discriminazioni di carattere quantitativo», ed avere egli giudicato invece unicamente «in base alla

abbiamo sopra osservato (90), in definitiva costituisce una cosa sola con l'interesse del singolo alla « libertà sessuale ».

Lo Stato ha il diritto e il dovere di impedire e di reprimere le **manifestazioni impudiche « pubbliche »**, cioè quelle manifestazioni sessuali che appunto possono offendere il « pudore » della generalità dei cittadini (91). (Che cosa, alla luce della Costituzione, in concreto debba intendersi per « sentimento del pudore », sarà più avanti oggetto del nostro esame).

5. Nel testo costituzionale è detto esplicitamente che lo stesso fondamentale e amplissimo diritto della persona alla libera manifestazione del proprio pensiero trova un limite nella necessità, per la comunità statale, di tutelare il « buon costume ».

L'art. 21, già da noi ripetutamente citato, per la tutela del « buon costume » consente alla pubblica autorità perfino il ricorso a « **misure preventive** » (92).

Data la particolare importanza della « libertà di stampa »

prevalente opinione », per la quale, da un punto di vista sociale, l'adulterio della moglie deve considerarsi offesa più grave del principio dell'unità familiare « che non quella derivante dalla isolata infedeltà del marito ». La sentenza conclude: « La norma impugnata, dal punto di vista della sua legittimità costituzionale, nulla presenta nel suo contenuto e nelle sue finalità che possa qualificarla come violazione del principio di eguaglianza. Con tale norma non è stata creata a carico della moglie alcuna posizione di inferiorità, ma soltanto è stato preso atto di una situazione diversa, adattandovi una diversa disciplina giuridica. Che poi tale disciplina soddisfi ogni esigenza e sia mezzo idoneo e sufficiente per le finalità prese in considerazione, è questione di politica legislativa, non di legittimità costituzionale ».

(90) Cfr. *supra*, *Agg. Soc., cit.*, p. 573.

(91) Dalla nostra legislazione penale sono considerate manifestazioni che offendono il pudore della generalità dei cittadini, per esempio: gli atti c. d. « osceni », commessi in luogo che sia normalmente accessibile a tutti (vie, piazze, giardini pubblici, ecc.), o nel quale chiunque possa entrare sotto certe condizioni di orario, di pagamento, ecc. (chiese, teatri, cinematografi, musei, ospedali, mezzi pubblici di locomozione, esercizi pubblici, ecc.), o nel quale chiunque possa guardare senza difficoltà (cortili, case con finestre aperte, vetture aperte, ecc.); la pubblicazione e la diffusione di scritti « osceni »; la fabbricazione, il commercio e l'esposizione di oggetti « osceni »; gli spettacoli teatrali o cinematografici « osceni »; il portare in luogo pubblico o aperto al pubblico un abbigliamento che sia gravemente offensivo del pudore.

(92) Nel « progetto di Costituzione » preparato dalla Commissione del 75 la seconda parte del comma diceva soltanto: « *La legge determina misure adeguate* ». L'aggiunta della precisazione « *a prevenire e a reprimere le violazioni* » fu approvata dall'Assemblea su proposta dell'on. A. Moro e di altri deputati, i quali dicevano di temere che la dizione, senza tale precisazione, « non risultasse sufficientemente chiara per il futuro legislatore », che cioè « in virtù di essa, venisse fatto un richiamo soltanto a misure di repressione, ma non già a quelle misure di prevenzione che [pure sembravano] essenziali »: « se sotto il profilo politico, - essi aggiungevano, - per altri aspetti del problema si deve ammettere un grande rigore a tutela della libertà individuale, possiamo invece largheggiare un poco, quando si tratta di tutelare la libertà e dignità della persona, le quali potrebbero essere turbate gravissimamente da abusi licenziosi della libertà di stampa e di espressione del pensiero » (Atti Ass. Costr., *Atti Ass. plen.*, sed. antimerid. 14 apr. 1947, pp. 2820 s.).

in un ordinamento democratico (93), e considerato il pericolo che, con il pretesto della tutela del « buon costume », da chi è al potere possa, per motivi politici, venir ostacolata la libera diffusione degli stampati (periodici e non periodici), si deve ritenere che nei confronti di questi ultimi dalla norma costituzionale debba intendersi consentito soltanto il c. d. « sequestro preventivo » previsto dal quarto comma dell'articolo in esame (94).

Nei confronti degli spettacoli teatrali, cinematografici e televisivi sembra invece debba considerarsi senz'altro consentita anche la « censura », cioè quel provvedimento « cautelare » (« disposto dalla pubblica amministrazione prima della pronuncia del giudice sulla sussistenza della violazione del limite imposto al diritto ») che è « capace di vietare, in tutto o in parte, l'esercizio del diritto di usare di un dato mezzo di diffusione del pensiero in considerazione, diretta o indiretta, del contenuto di questo » (95).

La ragione del diverso trattamento che è stato riservato dal legislatore costituente agli spettacoli, va ricercata nel fatto del molto maggior potere intrinseco di suggestione che è loro proprio, e, per ciò che concerne i « mezzi audiovisivi », nel fatto che un maggior numero di persone incapaci di reazioni critiche attraverso tali mezzi può venire eccitato nei suoi istinti sessuali (96).

(93) Cfr. L. ROSA, *La libertà di stampa ecc., cit.*, (dicembre) 1960, pp. 654 s., e (aprile) 1961, pp. 209 e 211; pp. 16 s., 35 e 37.

(94) Secondo C. MORTATI (*Istituzioni di Diritto pubblico*, Padova 1960, V ed., p. 804), il sesto comma dell'art. 21 (« Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni ») fa sorgere un dubbio di interpretazione per l'esigenza di coordinare la statuizione in esso contenuta (che si riferisce a tutti i mezzi di diffusione del pensiero) con i commi precedenti che nei confronti della stampa proibiscono « ogni specie di misure restrittive che precedano la pubblicazione ». Dice il chiaro A.: « Quest'ultimo principio, di carattere fondamentale, potrebbe riuscire in pratica vulnerato se, con il pretesto della tutela del buon costume, si intralciasse la libera diffusione degli stampati. Sicché sembra più conforme al sistema ritenere che nei confronti di questi ultimi [si noti bene, soltanto "di questi ultimi", non delle altre "manifestazioni"!] si renda possibile solo il sequestro preventivo ».

Nel caso degli « stampati destinati ai fanciulli e ai ragazzi » un trattamento speciale, « più restrittivo », sembra sia « giustificato dalla speciale qualità dei destinatari di tale specie di stampati, sorniti del discernimento necessario ad una qualsiasi valutazione del contenuto » (C. MORTATI, *cit.*, pp. 804 s.).

(95) S. FOIS, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Milano 1960, alla voce « Censura », p. 721 (col. 2). L'istituto della censura per gli spettacoli si rivela, a nostro parere, necessario, quando è l'unico mezzo che permette alla pubblica autorità di stabilire in anticipo se a una rappresentazione debbano venire ammessi o meno i « minori ».

(96) Alcuni autorevoli costituzionalisti ritengono che il limite del « buon costume » non riguardi le pubblicazioni a stampa e gli spettacoli che abbiano intenti « artistici » o « scientifici », in quanto tali pubblicazioni e spettacoli sarebbero protetti senza restrizione alcuna dal principio « l'arte e la scienza sono libere », espresso nel primo inciso

In base ai principi contenuti nella nostra Carta costituzionale, alle « *commissioni di revisione e di censura* », che dovessero venire istituite, sembra non possa venir attribuito, dal legislatore ordinario, il potere di negare l'autorizzazione per la programmazione di uno spettacolo, o il potere di esigere, per la concessione di tale autorizzazione, tagli o modifiche nel copione o nella pellicola, se non per quei casi in cui realmente si tratta di tutelare il « buon costume » inteso nel senso penalistico. Non spetta affatto ai « revisori » o « censori » il compito di giudicare degli altri illeciti giuridici e quindi di vietare uno spettacolo, o perché in esso si offenda l'altrui onorabilità, o perché esso costituisca « apologia di reato », o perché in esso si ravvisi il reato di « vilipendio » delle istituzioni costituzionali, di corpi politici, amministrativi e giudiziari, o di istituzioni religiose costituzionalmente protette. Toccherà eventualmente alla « commissione » (anche questo punto dovrebbe essere previsto nella legge ordinaria) di segnalare all'autorità giudiziaria quei testi o quelle scene che ragionevolmente ritiene dovrebbero venire incriminati, di modo che detta autorità possa provvedere tempestivamente, ricorrendo al sequestro preventivo del copione o della pellicola, al divieto dello spettacolo, e, se necessario, all'imputazione ai responsabili del reato di offesa al pudore.

del 1° comma dell'art. 33. A loro avviso, il costituente avrebbe esentato le genuine manifestazioni d'arte e di scienza dal limite del « buon costume », perché in via di principio avrebbe escluso in modo assoluto che dette manifestazioni, in quanto tali, possano per la loro stessa natura essere rivolte ad eccitare la sessualità e l'erotismo altrui, o rappresentare manifestazioni in perversione del costume (v., in tale senso, p. es., M. GRISOLIA, *cit.*, p. 102 ss.; C. MORTARI, *Istituzioni ecc.*, *cit.*, p. 804).

Senza voler esaurire la questione (è noto, tra l'altro, quanto sia arduo fissare dei criteri sicuri in base ai quali sia possibile determinare, nei singoli casi, quando si sia in presenza di un'opera « artistica » o « scientifica »), vorremmo sulla materia far notare che: 1°) la proclamazione del principio della libertà della cultura è contenuta in una norma che mira soprattutto a un'affermazione senza mezzi termini della « libertà d'insegnamento » (l'intero primo comma dell'art. 33 - che nel suo insieme si riferisce ai problemi dell'istruzione - recita: « *L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento* »; sulle intenzioni manifestate dalla maggioranza dei costituenti all'atto di approvare l'inciso che ci interessa, v. *La Costituzione della Repubblica Italiana ecc.*, di V. FALZONE, F. PALERMO e F. COSENTINO, *cit.*, p. 102); 2°) non sembra ragionevole pensare che il « principio generale » riguardante la necessità di tutelare il « buon costume » in seno alla nostra comunità statale, implicitamente affermato negli artt. 19 e 21° Cost., debba considerarsi non operante quando si tratti, non già della « produzione », ma della « divulgazione » di opere che si ritiene abbiano intenti « artistici » o « scientifici »: non va infatti dimenticato che anche un'opera, la quale abbia certamente dei pregi artistici o un valore scientifico, può rappresentare in concreto, per moltissime persone culturalmente impreparate o psicologicamente immature, nulla più che un'offesa della naturale verecondia e un incentivo alla perversione sessuale (parlando delle manifestazioni « artistiche », A. C. JEMOLO, nella rivista *Nuovi Argomenti*, n. 51-52, luglio-ottobre 1961, p. 45, ha definito « una menzogna convenzionale del nostro tempo » « quella che l'opera veramente d'arte non possa eccitare pericolosamente l'istinto sessuale »); 3°) il principio espresso nell'art. 33, se viene inteso (e soltanto così, a nostro avviso, dovrebbe venire inteso) come affermazione della libertà di produrre e della libertà di far conoscere « in sede didattica » opere di valore artistico o scientifico, non sembra venire sostanzialmente intaccato quando il legislatore ordinario stabilisca norme miranti a disciplinare, ai sensi dell'art. 21°, la « diffusione indiscriminata » di tali opere tra i cittadini.

6. E' stato giustamente fatto osservare che, scorrendo il panorama della giurisprudenza penale italiana di questo ultimo decennio, non si può fare a meno di rilevare « la relativa scarsità di pronunzie giudiziali riguardanti le pubblicazioni e gli spettacoli osceni ». Poiché è certo che in Italia circolano pubblicazioni oscene e si danno spettacoli osceni, se ne è legittimamente concluso che la **norma riguardante le offese al pudore**, contenuta nell'art. 528 del nostro Codice penale, deve considerarsi **largamente disapplicata** (97).

Il motivo di tale larga disapplicazione starebbe, secondo l'Autore che stiamo citando, in una **errata interpretazione dell'art. 529¹** dello stesso Codice, il quale, come ci è ormai noto, aggancia la nozione di « osceno » al concetto di « offesa al pudore » (ricordiamo che il comma in questione recita: « Agli effetti della legge penale, si considerano osceni gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore ») (98).

Per la dottrina prevalente e per la giurisprudenza il « **comune sentimento** », di cui nell'art. 529¹, - l'abbiamo già detto nella prima parte di questo lavoro, - « risulterebbe dalla comparazione e unificazione dei sentimenti propri dei singoli soggetti che compongono la collettività in un determinato momento storico » (99): da ciò consegue in pratica la più assoluta relatività e del concetto e della importante definizione in cui esso si trova inserito.

Il nostro Autore osserva: « Intendere il "comune sentimento" soltanto come un sentimento medio della collettività, come sentimento dei più, significa porsi in un circolo vizioso senza uscita, poiché - è risaputo - proprio le pubblicazioni e gli spettacoli operano con formidabile efficacia nel formare il costume, il modo di sentire della collettività. Quanto più si abbasserà il livello delle pubblicazioni e degli spettacoli, tanto più si abbasserà il livello morale del cosiddetto "comune sentimento"; e quanto più si abbasserà il livello di quest'ultimo, tanto più si restringerà l'ampiezza dell'osceno e si allargherà la zona del lecito per pubblicazioni e spettacoli. Si realizzerà così un franamento senza fine, che priverà la norma penale di ogni pratica efficacia » (100).

A nostro avviso, i principii contenuti nella Costituzione del 1947 consentono allo studioso di comprendere con sufficiente chiarezza che cosa sia obiettivamente il « pudore » della cui tutela si occupa il nostro ordinamento. Una definizione esatta della nozione giuridica del « pudore » pensiamo possa condurre alla eliminazione del principale ostacolo che finora nel nostro

(97) R. VENDITTI, *L'oscenità, il pudore, il « comune sentimento » e la disapplicazione dell'art. 528 C. P.*, cit. (nella nota 47), pp. 453-456.

(98) *Ibidem*, p. 456.

(99) *Ibidem*, p. 457.

(100) *Ibidem*, p. 461.

Paese ha impedito all'autorità statale di agire con efficacia e coerenza in difesa del « buon costume » soprattutto nei settori della stampa e dello spettacolo.

a) Da un punto di vista fisiologico, - in parte riprendiamo qui, precisandole, alcune idee che già abbiamo esposte (101) -, il « pudore », quando si riferisce alle cose del sesso, può dirsi « un sentimento complesso che spinge a nascondere le parti del corpo e gli atti aventi natura sessuale, e che in genere induce al riserbo in tutto ciò che attiene alla vita sessuale » (102). Così inteso, esso ci appare come un sentimento « istintivo »: ci si manifesta, cioè, come una tendenza innata dello stesso istinto di riproduzione, il quale si autodifende dalle aberrazioni e dagli eccessi dannosi (103).

Il « pudore » nei singoli individui, e più ancora nei diversi raggruppamenti costituiti dagli individui, si presenta spesso con caratteri diversi. Ciò è dovuto al fatto che si tratta di un sentimento naturale il quale, nel suo concreto esplicarsi negli individui e nei gruppi, spontaneamente si adatta alle condizioni ambientali e sociali in cui gli uomini vivono e agiscono.

Non solo gli individui in quanto tali, ma anche gli individui in quanto riuniti in società, sentono il « pudore » e hanno un naturale riserbo in rapporto a ciò che si riferisce ai misteri della generazione. Non di rado tale sentimento « comune » nelle singole comunità statuali è protetto dalle leggi: si ritiene infatti generalmente che esso impedisca lo scatenarsi incontenibile, nella società, dei veementi impulsi del sesso e tutti i danni che da questo scatenamento inevitabilmente conseguono, e che pertanto debba venir tutelato come un vero « interesse sociale ».

b) L'ordinamento penale italiano, essendo un ordinamento penale moderno, il quale vuole svolgere, non soltanto un'azione di difesa dell'ordine costituito, ma altresì un'azione propulsiva diretta a trasformare in meglio la nostra vita associata (104), quando statuisce che il « pudore pubblico » (105) deve venir tutelato, certamente intende anche di affermare positivamente il

(101) Cfr. *supra*, *Agg. Soc.*, *cit.*, pp. 572-575.

(102) Cfr. F. GRISPIGNI, *Offese al pudore e all'onore sessuale*, *cit.* nella nota 46, p. 26.

(103) Sul'esistenza di un pudore « naturale » e sulla sua « istintività », v. I. DE LA VAISSIÈRE, *Il pudore istintivo*, trad. dal franc., Milano 1938. Cfr. anche, brevemente, p. es., A. GEMELLI, *La psicologia della età evolutiva*, Milano 1956 (V ed.), p. 258 (in nota), e M. PRADINES, *Traité de Psychologie générale, II: Le génie humain - Ses instruments*, Paris 1948 (II ed.), p. 250.

(104) Sul fatto che un ordinamento giuridico penale moderno « esplica [con le sue norme] un'azione eminentemente attiva, che è intesa a trasformare le condizioni di vita ed anche la coscienza del popolo per assicurarne il progresso e spesso anche per indirizzarlo a determinate finalità », v., per tutti, F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto pen.*, *Parte generale*, *cit.*, pp. 3 s.

(105) Sul significato esatto da attribuire al termine « pudore pubblico », cfr. *supra*, nota 42.

sentimento del pudore come un « valore » che l'intera comunità statale deve rispettare e al quale i membri della comunità stessa devono adeguarsi nella loro condotta.

Questa constatazione ci consente di stabilire che il « pudore pubblico », di cui nell'art. 529¹, non è sicuramente il « sentimento medio del pudore », necessariamente variabile, del quale parlano quegli interpreti del nostro diritto penale che sopra abbiamo ricordati. Il « sentimento del pudore », in quanto « valore », è in certo senso un « assoluto ». Entro determinati limiti esso in concreto può subire delle modificazioni; ma il suo nucleo essenziale deve senza dubbio consistere in un dato oggettivo. « E' un sentimento, d'accordo, ma un sentimento che il legislatore considera "a priori" come reale, esistente, socialmente positivo, e la cui rilevanza giuridica egli afferma perentoriamente, autoritativamente, senza affatto rimettersi, in proposito, al giudizio della collettività. Il bene tutelato dalla norma esiste indipendentemente dall'opinione dei consociati (così come esistono oggettivamente altri beni: la vita, l'onore, ecc.). Esso sarà suscettibile di offesa secondo una gamma più o meno vasta, la cui ampiezza è rimessa al "comune sentimento": ma dovrà restare fuori discussione la sua effettiva realtà e la sua identità » (106).

c) Il « pudore », già prima della Costituzione repubblicana, doveva o almeno poteva ragionevolmente venir considerato dallo studioso come facente parte del patrimonio etico della civiltà del nostro popolo.

Oggi, l'affermazione costituzionale dei « diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità » come « diritti soggettivi pubblici », in particolare l'affermazione costituzionale (implicita) del diritto della persona umana all'« onore sessuale » e alla « libertà ses-

(106) R. VENDITTI, *cit.*, p. 464. Parlando dell'art. 529¹ Cod. pen., nota acutamente il nostro A.: « Si profila [qui] una distinzione che può apparir sottile ma che è tutt'altro che inconsistente: la distinzione tra il sentimento del pudore (bene oggettivamente tutelato) e il sentimento dell'offesa al pudore (cioè dei limiti entro i quali la tutela si esplica). Il legislatore parla di *comune sentimento* non in relazione al primo, ma soltanto in relazione al secondo, cioè riferisce il *comune sentimento* non al sentimento del pudore, ma al sentimento dell'offesa al pudore, vale a dire al sentimento dell'offesa a un sentimento. Sembra un gioco di parole, ma non è. Il sentimento del pudore, come bene tutelato, è sganciato dal *comune sentimento* e gli preesiste come dato oggettivo, positivamente protetto. Ciò significa che il *comune sentimento* acquista rilevanza non agli effetti di stabilire se al pudore debba essere accordata tutela nelle singole circostanze, ma soltanto agli effetti di stabilire quali siano in concreto i margini di tale tutela. Si può ben ammettere che tali margini siano suscettibili di certi spostamenti di carattere quantitativo; ma non si potrà attribuire al *comune sentimento* il potere di eliminare il pudore e di fargli negare radicalmente tutela; ciò significherebbe infatti tradire la volontà della legge, negare la validità della nozione di buon costume, frustrare la funzione della norma penale » (*ibid.*, pp. 464 s.).

suale», e l'affermazione costituzionale (indiretta) del « buon costume » come « valore », ci dicono che il « pudore » appartiene senz'altro al sistema etico espresso dalla « coscienza sociale » della nostra comunità statale.

Sappiamo che la civiltà del nostro popolo è una civiltà sostanzialmente « cristiana » (107), e sappiamo che la « coscienza sociale », da cui è nata la nostra Costituzione come « sistema etico », è una coscienza fortemente influenzata dall'insegnamento morale cristiano (108). Se così è, ci sembra lecito concludere che anche il « pudore », di cui si parla nel nostro ordinamento, non può essere in pratica cosa molto diversa dal « pudore » inteso nel senso cristiano (109).

d) Abbiamo detto che il « pudore » tutelato nel nostro ordinamento « è suscettibile di offesa secondo una gamma più o meno vasta, la cui ampiezza è rimessa al " comune sentimento " ». A questo punto della nostra trattazione viene spontanea la domanda: quali sono in concreto le manifestazioni che il « comune sentimento » considera offensive del « pudore »?

Dobbiamo dire subito che il « comune sentimento », di cui si tratta, certamente non può essere il « sentimento più diffuso tra i cittadini ». E ciò, perché, se « comune sentimento » e « sentimento più diffuso tra i cittadini » fossero la medesima cosa, la corruzione dei costumi potrebbe a un certo momento condurre a mettere in discussione lo stesso « sentimento del pudore », il quale invece, come abbiamo visto, nel suo contenuto essenziale è, per il nostro ordinamento, un valore oggettivo e assoluto.

Riteniamo che il « comune sentimento », al quale si deve fare riferimento quando si parla del « pudore », sia il « sentimento normale, ordinario », il modo, cioè, di sentire comune a chi ha la ragione e ne usa rettamente, sanamente. Crediamo, in altre parole, che « in subiecta materia » al termine « comune sentimento » si debba in definitiva attribuire il significato proprio del termine « senso comune » (110).

In tal modo il « comune sentimento » viene ad essere, non un concetto quantitativo, statistico, ma un concetto di valore, non un concetto che esprime la mutevole opinione dei più, ma un concetto che esprime il sereno giudizio dell'uomo normale, « equidistante dagli eccessi della " pruderie " come dagli opposti

(107) Cfr. *supra*, *Agg. Soc., cit.*, pp. 568 s.

(108) Cfr. *supra*, *ibid.*, p. 560.

(109) Non si vuole evidentemente dire, nel testo, che lo studioso e il magistrato, rispettivamente in sede di indagine scientifica e in sede di decisione giurisdizionale, debbano ricorrere per le loro determinazioni alle fonti della teologia morale cattolica. Si vuole unicamente sottolineare che, circa la materia che stiamo studiando, essi non dovrebbero mai decidere in un senso che fosse chiaramente in contrasto con i principi fondamentali della morale cristiana in generale. (Sul problema, v. alcune osservazioni di R. VENDITTI, *cit.*, p. 465 s. e nota 18).

(110) Su questa tesi v., per importanti precisazioni, R. VENDITTI, *cit.*, pp. 468 s.

eccessi della ossessione e dell'esibizionismo sessuale». «Sotto tale profilo, ciò che è normale può ben ritenersi come potenzialmente proprio di tutti: onde il riferimento alla generalità dei consociati, alla "comunità", come entità sociale che custodisce in sé, pur nella varietà dei sentimenti personali dei singoli, quel minimo etico che costituisce il nucleo essenziale del patrimonio morale dell'uomo civile» (111).

Ciò posto, «stabilire che cosa offenda il pudore secondo il comune sentimento» per il nostro ordinamento viene in pratica a significare: «stabilire che cosa offenda il pudore dell'uomo medio, dell'uomo normale vivente nel nostro tipo di civilizzazione».

L'uomo medio, l'uomo normale, cittadino del nostro Paese: a) «prova una reazione istintiva dinanzi alla volgare e prepotente invasione nella sua sfera di intimità: reazione di disagio, di disgusto, di ripugnanza, anche quando l'invasione non provoca in lui una eccitazione dei sensi»; b) non vuole essere costretto a subire ad ogni passo (per istrada, dal giornale, al cinema, a teatro) offese al proprio senso di riservatezza: «la volgarità sessuale è una delle forme più evidenti e urtanti di volgarità»; «quando poi essa provoca eccitazione sessuale, non meno forte e giustificata è la reazione istintiva»; c) vuole «essere posto in grado di educare i propri figli secondo il loro normale sviluppo e di difenderli dal martellamento di sollecitazioni sessuali a cui sono insanamente sottoposti da un sistema di pubblicità e da un costume giornalistico e cinematografico dimentichi di ogni più elementare rispetto della persona umana» (112).

Sia l'interprete delle norme penali già stabilite per la tutela del «pudore pubblico», sia il legislatore ordinario quando vuole creare nuove norme per la tutela del «buon costume», devono avere ben presente questo tipo di sensibilità morale (113).

Soprattutto in materia di stampa e di spettacoli, almeno finché non si giunga a una coraggiosa autodisciplina da parte di autori, di editori, di registi, di produttori, ecc. sulla base dei principii che abbiamo visto esistere nel nostro ordinamento giuridico, è auspicabile che la pubblica autorità, ispirandosi nella sua azione a tali principii, nel delicato settore da noi preso in considerazione in queste note faccia in futuro di più e di meglio di quanto fino al presente abbia potuto fare.

Luigi Rosa

(111) R. VENDITTI, *cit.*, pp. 469 s.

(112) Sul concetto di «uomo medio (o normale)», e poi sul fatto che l'«uomo medio (o normale)» risponde alla figura classica del «*bonus paterfamilias*» a cui in qualche caso si fa sostanziale riferimento nel nostro diritto, cfr., ampiamente, R. VENDITTI, *cit.*, pp. 470 ss.

(113) Potrebbe forse essere utile inserire nella definizione penalistica dell'«osceno», contenuta nell'art. 529¹, il concetto di «uomo medio (o normale)», o magari anche quello di «buon padre di famiglia», sostituendo, ad esempio, alla formula «secondo il comune sentimento» le parole «secondo la normale sensibilità dell'uomo medio» oppure «secondo la normale sensibilità del buon padre di famiglia».